

デンマークの刑事裁判と陪審制・参審制

松澤 伸

(日本学術振興会特別研究員)

- 一 はじめに
- 二 背景事情と歴史
- 三 刑事裁判の現状と改革をめぐる議論
- 四 若干の検討

一 はじめに

最近、我が国では、いわゆる司法制度改革との関連で、市民の司法参加、特に、陪審制及び参審制の刑事裁判への導入についての議論が盛んになっていきている。⁽¹⁾ 陪審制といえ、英米を、参審制といえ、ドイツやフランスなど、西ヨーロッパ先進諸国を思い浮かべるのが常であったが、このような議論の盛り上がりを受けて、従来それほど注目を集めてこなかった国々において行われている陪審・参審制への興味も徐々に高まってきているように見受けられる。

このような中で、九八年、北ヨーロッパの小国デンマークの陪審・参審制を取り上げた『デンマークの陪審制・

参審制——なぜ併存しているのか⁽²⁾』という書物が公刊された。本書では、東京三弁護士会に所属する弁護士の方々によって行われたデンマークの刑事裁判の実態視察が、かなり詳細に紹介されている。

デンマークの刑事裁判の最大の特徴は、前掲書のタイトルにもあるように、陪審制と参審制がひとつの国家の刑事司法システムの中で併存していることであるが、このデンマークの例は、我が国のように、今後、陪審制あるいは参審制の導入を検討しようという国にとっては、非常に興味深いものとなる。

デンマークの例を研究することは、単純に考えても、陪審か参審かではなくその両方を導入するという第三の選択肢を提供する、という意味があるが、それ以上に、陪審と参審の両方の制度の経験から両者の長所・短所が見えやすいところに重要性がある。この種の議論では、陪審制を取る国に学んだ者は陪審制を、参審制を取る国に学んだ者は参審制を唯一のものとして掲げ、相互に相手を非難するという議論になる恐れがあるが、デンマークの例を参照する場合、その両方が存在するため、両制度についての冷静な評価がしやすいのである。

また、デンマークは陪審制・参審制の両方を持っているために、両制度が相互にインスピレーションを与え合っている様子がわかる。陪審と参審はその理念型に従えば大きな差があるものの、結局は制度であるから、現実にはその両者の中間をいく制度、すなわち陪審的な参審、参審的な陪審もありうるのである。デンマークの刑事裁判では、その実例をいくつか見ることができる。デンマークでは、陪審制が参審制の、参審制が陪審制の特徴をそれぞれ部分的に持っているし、現在議論されている陪審制度改革のための答申案では⁽⁵⁾——その評価は分かれるところであるが——、陪審と参審の中間形態というべき制度も提案されている。我が国の現在の議論を越えて、陪審と参審を折衷・止揚する制度を見つけ出す可能性を示唆する意味でも、デンマークの例を学ぶ意義は大きいと言わねばならない。

デンマークの刑事司法システムについては、これを視察された弁護士の方々からも、非常に興味深いものとして

語られているが、同時に言語の障壁が指摘されてもいる。あまり知られていないが、デンマークでは北方ゲルマン語に属するデンマーク語という固有の言語が用いられており、その発音や文法の複雑さもあつて、習得が非常に困難な言語とされている。デンマークの刑事裁判については、英独仏語で書かれた文献もあるが、その数は非常に限られており、デンマークの刑事司法の全容の詳細を知るためには、デンマーク語による実態調査、文献購読が必要不可欠となっている。この障害は、以外に深刻である。

筆者は、立教大学大学院法学研究科博士後期課程において、所一彦先生のご指導のもと、デンマーク刑法及びそれを素材とした機能主義刑法学方法論について研究を行ってきた。⁽⁶⁾デンマーク刑法の研究に従事している刑事法研究者は、おそらく日本にはおらず、刑事裁判についても同様であると思われる。⁽⁷⁾デンマークの刑事裁判について、我が国においてなにがしかの知見が求められている以上、デンマーク刑法の研究に従事する者として、何かそれに寄与できることがあればと考えていた。そのような折、私を長年指導くださった所先生の立教大学退職記念論文集に拙稿を掲載する機会が幸いにも与えられた。拙いものであるが、先生のご退職を記念し、また我が国の司法改革の議論にわずかでも参考となれば幸いである。

なお、前掲『デンマークの陪審制・参審制』は、詳細な実態視察・調査に基づくものであるが、現行制度の運用状況の紹介という側面が強く、デンマークの刑事裁判を支える社会的・歴史的・法理論的背景の検討がやや不十分な憾みがある。また、前掲書は陪審制・参審制にフォーカスが絞られているため、刑事訴訟の基本原則や職業裁判官の現状についてももう少し補足しておく必要がある。そこで、本稿は、刑事裁判の運用状況についての説明はやや抑え、それを支える背景事情やより理論的な側面の解説、言語障壁のため理解することが困難であると予想されるデンマークの法曹・研究者の間で交わされている議論、前掲書公刊後に生じた新たな事情、特に陪審制の改革案を中心に論じていくこととする。

- (1) 例えば、一九九八年一〇月三日に成蹊大学で行われた日本刑法学会東京部会での問題が取りあげられた。その際議論の資料となった四宮啓「なぜ日本に陪審制をか」、佐藤博史「なぜ日本に参審制をか」(雑誌「自由と正義」四八巻四号(一九九七年)一〇二頁以下)の両論稿は、我が国への陪審制あるいは参審制導入への極めて具体的な提言である(なお、この部会における報告・議論をまとめたものとして、刑法雑誌三九巻一号(一九九九年)一四頁以下)。
- (2) 日本弁護士連合会司法改革推進センター・東京三弁護士会陪審制度委員会編『デンマークの陪審制・参審制——なぜ併存しているのか』(一九九八年)。
- (3) 桐山剛「市民の司法参加は陪審制と参審制の併用で——刑事事件について考える」(自由と正義四九巻二号一四頁以下)は、デンマークの制度を参考に併用制を提案する。
- (4) 幸いなことに、我が国での議論では、現在のところそのような傾向は見られない。
- (5) Betænkning om behandling af nævningesager, Betænkning nr.1352, 1998, København. (『陪審事件の取り扱いに関する報告書』、司法制度委員会の編集で出版されている)。
- (6) その成果は、学位論文『デンマーク刑法と機能主義刑法学』(一九九八年)としてまとめた。未公開であるが、その後の研究を踏まえた補筆を行った上、近く公刊を予定している。なお、本論文の要約については、デンマークで既に公表している(Shin Matsuzawa, Danish Criminal Law and the Pragmatic Science of Criminal Law from a Japanese Perspective, Peter Kruse og Lene Ravn red, Kriminalistisk Årbog 1998, Kriminalistisk Skriftserie Nr.4, ss.131-139, 1999, København)。
- (7) デンマークの刑事法学者と話したところでは、そのような形跡は皆無である。また、前掲注(2)『デンマークの陪審制・参審制』一七八頁(佐藤博史執筆部分)にも、「デンマークの刑事裁判を研究している日本の学者はいないので」とある。

二 背景事情と歴史

(一) デンマーク法の特殊性

デンマークにおける刑事裁判について考察する場合、まず、デンマーク法というものの特殊性を考慮する必要がある。デンマークは、ヨーロッパの北の辺境と言わなければならないという地理的条件もあって、その法律・法学も、ヨーロッパ法の本流であるコモン・ロー(英米法)やシヴィル・ロー(大陸法)とは一種異なる発展を遂げてきた。一般に、デンマーク法は、古ゲルマン慣習法に発するものであるが、同じゲルマン法から発したドイツ

ツ法とは異なり、ローマ法の影響が極めて少なく、独特の性格を持つと言われることが多い。デンマーク法は、英米法・大陸法と異なる「第三の法制度」に属する、と言われることもある⁽⁸⁾。

筆者自身は、「第三の法系」とまで言う必要はなく、大陸法の一変種と理解してよいと考えているが、それにしても一般的な大陸法のイメージではデンマーク法の特徴は把握し切れないところはある。特徴的な点はいろいろと指摘できるが、最も重要なのは、そのプラグマティズムであり、機能主義である。デンマークの法学者に、あなたの国の法律学で最も特徴的だと思うものはなんですか、と尋ねれば、十人中九人は「プラグマティックな思考方法だ」と答えるであろう⁽¹⁰⁾。誤解を恐れずモデル化すれば、デンマーク法の特徴は、制定法を中心とする大陸法的な法伝統・法枠組みを持ちながら、英米法に似た実際的な思考方法を行うこと、といえる。

デンマーク法が大陸法の法伝統に連なりつつもプラグマティックな傾向を持つようになったことについては、いろいろな原因が考えられるが⁽¹¹⁾、基本的には、歴史的な発展過程にそれを促進するような諸条件⁽¹²⁾がそろっていたということが最も重要である。列挙してみよう。

① ボローニャ大学に範を取って一五世紀に設立されたコペンハーゲン大学では、主としてローマ法及びカノン法が講じられたが、当時のデンマークの立法はゲルマン慣習法をまとめたものが中心で、当時隣国のドイツでローマ法のいわゆる「小継受」が行われたのと異なり、ローマ法の影響が——特にその体系的で技術的な思考方法の影響が——あまり見られなかったこと、

② ドイツなど他の西ヨーロッパ諸国と異なり、一八世紀に至るまで、大学で法学教育を受けた者が実務法曹になることは非常にまれで（これは大学の卒業生が非常に少なかった上、そのほとんどが大学教員・牧師などの職に就いていたことによる）、デンマークではいわゆる学識法曹（ユリステン）階級が発生せずに終わったこと、

③ 一方で、小国であるが故に国内の統一が比較的容易で、他の西ヨーロッパ諸国に比較してかなり早い段階

(一六世紀)で、曲がりなりにも統一法典『クリスチャン五世のデンマーク法』(Christian den Femtes Danske Lov)を成立させることができ、イギリスに見られるような裁判官法、いわゆる判例法を発達させる必要もなかったこと、

④ しかもその法典はデンマークの古来の慣習法を基礎にしたもので、カズイステイックな性格を持っていたこと、

⑤ 一八世紀にいたって初めてデンマーク独自の法学が自覚的に展開しはじめるが、それを主導したアナス・サンドエ・エアステッド(Anders Sandøe Ørsted, 1788-1860)並びにその後継者たちがいわゆる現実主義者(realist)と呼ばれる人々であって、その法学も非常に実際的な性格を持ったものになったこと、などがそれである。

かくして、デンマーク法はヨーロッパにありながらその二大法系である大陸法(学識法)とも英米法(裁判官法)とも異なる特殊な発展を続けてきたのであるが——それでもどちらかといえばローマ法Ⅱ大陸法の影響の方が強く見られた——、一九世紀になると、隣国ドイツや啓蒙主義の母国フランスからの影響が大きくなり、大陸法的な方向への傾斜が進んでいく。この時期に制定された法典には、大陸法のいわゆるパンデクテン・システムが取り入れられ(例えば一八八六年制定の旧刑法など)、法思想的にもドイツのイデアリズム法哲学、フランスの自然法論などが盛んになった。

しかし、プロイセンとの第二次スレスヴィ戦争⁽¹³⁾に敗れ、南部国境線に圧迫が加えられるようになると、デンマークにおけるドイツ法文化に対する関心は急激に冷え込んでいく。それと並行して、二〇世紀初頭、イギリスとの貿易関係が強まると、イギリス文化・思想の影響が大きくなり⁽¹⁴⁾、同時に、スウェーデンに端を発するスカンジナビア・リアリズムの法思想が流入してくるようになる。こうして、イギリスの実利的な法思想、スカンジナビア・リアリズムの現実主義の影響により、観念的なドイツ法学に対する懐疑が生まれる。そして、その傾向は、第二次

大戦直前のドイツへの反発によってさらに強化され、さらにスカンジナビア・リアリズムと時を同じくして、しかしながらはるかに大規模に展開されたアメリカのリアリズム法学、あるいはその前提であるプラグマティズム法学への興味へと向かっていくのである。

このデンマークに対する諸外国の文化・思想の影響の流れは、デンマーク法・デンマーク法学の発展過程を把握するために非常に重要な視点である。実際に、この流れは、刑事裁判の発展過程にも当てはまるであって、陪審制と参審制が併用されるようになった経緯も、これに照らせばよく理解できる。

(二) 陪審制・参審制導入の経緯

デンマークでは、一八四八年に絶対王政が崩壊する。国王フレデリック七世 (Frederik VII, 在位 1848-63) は立憲君主となり、一八四九年六月には、デンマークで最初の自由主義的な憲法が制定された(この憲法は、自由憲法、あるいは六月憲法と呼ばれる)。陪審制を前提とした素人裁判官制度も、この憲法で約束されている。デンマーク憲法六五条二項は次のように言う。⁽¹⁵⁾

「刑事裁判においては素人裁判官が参加しなければならない。どのような事件について、またどのような形式でこの参加が行われるか、また、その中でどの事件に陪審員が参加するかについては、法律でこれを定める」。

この規定の趣旨について、一般的には、「一般の市民も参加するという、国民参加の理念が重要視された背景がある⁽¹⁶⁾」と言われることが多い。では、なぜ憲法制定当時、司法に対する市民参加の理念が重要視されたのであろうか。それは、絶対王政下での裁判に対する国民の不満であったと考えられる。⁽¹⁷⁾ 絶対王政が始まった当初の第一審裁判官は、地方の有能な農民や商人が担当していたが、絶対王政が進んだ一八世紀中ごろになると、地方の領主や国王に特権を与えられた人々がこれを担当するようになった。⁽¹⁸⁾ 彼らは多くの場合、裁判権を行使するだけの職業的・

道徳的素養を欠いており、国民の刑事裁判に対する不満は、相当に大きくなっていたのである。⁽¹⁹⁾

また、自由憲法制定当時、ドイツやフランスでは、陪審制の導入が盛んに議論されていた。当時のデンマークがドイツやフランスの文化の強い影響下にあったことは前述した通りであるが、デンマークはこの動きにも敏感に反応したといえる。

さらに、もともとデンマークは国民による司法参加について独自の伝統を持っており、⁽²⁰⁾この点でも陪審制が導入される素地はあったといえよう。

しかし、デンマークでは、簡単に陪審制が導入されることとはならなかった。陪審制が実際に導入されたのは、自由憲法制定後七〇年を経たのちのこととなる。

一九一六年、起草委員会による長期間にわたる審議の末、イギリスに学んだ陪審制を持った刑事訴訟法が制定され、一九一九年に発効した。より正確に言えば、民事と刑事の両訴訟法、その他各種の執行手続の規定を含む巨大な法典が制定され、刑事訴訟法はその中に含まれて規定された、ということになる。

この巨大な法典は、ラッツ・プライエ・ロー (Retsplejelov) と呼ばれる。直訳すれば「法執行法」、あるいは「法運用法」とでもなるが、本稿では混乱を避けるため、単に「訴訟法」と呼ぶこととする。刑訴法と民訴法を同一法典に規定するというのは、絶対王政時代の一六八三年、クリスチャン五世 (Christian V, 在位 1670-1699) によって制定された『クリスチャン五世のデンマーク法第一編・裁判及び裁判官編』以来の伝統で、「訴訟法」はこの古い形式を踏襲している。⁽²¹⁾

一九一六年制定、一九一九年発効の「訴訟法」は、現行法でもある。この法典では、陪審制だけではなく、それまでの大陸法的な職権主義をあらためて英米法的な当事者主義がとり入れられており、当時のイギリスからの大きな影響が見て取れる。ただ、後述するように、この法典は完全に英米法流に移行しているのではなく、依然として

大陸法的な規定も残されている。いわば、大陸法をベースにイギリス法を接木したイメージである。これは、我が国の刑事訴訟法が旧法の性格を多少残しているのとも似ている。「大陸法から英米法への転換」という視点から見ると、非常に興味深い類似がある。

デンマークの陪審制は、イギリスに学びつつも、デンマークならではの特殊性も備えていた。評決は全員一致である必要はなく多数決（八票）で可能であり、適用される事件も少なかった（全刑事事件のおよそ一パーセント程度）。特に適用事件の少なさは、陪審により国民の司法参加を進めようという意図とは離れたものであり、陪審制がコストがかかることも関係して、新たに国民が司法に参加できる制度が求められるようになった。

そこで、陪審制導入後約三〇年後に、ノルウェー及び当時ワイマル共和国であったドイツをモデルとして、参審制が導入されることになる。ノルウェーは長い間デンマークの属領であり、⁽²²⁾デンマーク法が適用されてきた歴史がある。そこで行われている参審制ならば、デンマークに導入した場合にどのような効果が生じるかはある程度予測できたといえる。また、ドイツは第一次大戦に敗北した後で、ワイマル憲法のもと民主化を進めている時期であった。両国の例は、デンマークにとって格好の模範であった。

かくして、デンマークは、三つの裁判制度を持つことになった。重罪事件についての陪審制、軽罪事件についての参審制、自白事件についての職業裁判官制である。

(三) 現行デンマーク刑事訴訟法の基本原則

次に、デンマークの陪審制・参審制を理解するための前提として、現行デンマーク刑事訴訟法の基本原則を見ておこう。これは、一般に、以下の三つに集約されている。すなわち、①弾劾主義の原則、②実体的真実主義の原則（ここからさらに検察官の客観義務の原則が派生する）、③当事者主義の原則である。⁽²³⁾

1 第一の弾劾主義の原則 (Det akusatoriske princip)⁽²⁴⁾ は、糾問主義の原則 (Det inkvisitoriske princip) に対する概念で、その意義について、エヴァ・スミットは以下のように説明している。「弾劾主義とは、当該事件に関する裁判を求める者（当該事件を裁判する者ではなく）が実際に何が起こったのかについて調査することを意味する」⁽²⁵⁾と。この原則は、一九一九年に陪審制導入と同時にイギリスから導入されたもので、それ以前のデンマークでは絶対王政以来の糾問主義がとられていた。

弾劾主義の原則は、後述する当事者主義からすれば当然の前提であり、これをあらためて取り上げて原則として打ち立てておく必要があるかどうかについてはやや疑問もあるが、デンマークの刑法法の教科書は例外なくまずこの原則の説明から入る。⁽²⁶⁾これは、第一には旧法との違いを説明することにあると思われるが、同時に、デンマークの刑事訴訟が、当事者主義を取るようになった現在でも、完全に英米法的なやり方に移行したのではなく、随所に大陸法的・職権主義的な色彩を残していることも関係していると思われる。

2 第二の実体的真実主義の原則 (Det materielle sandheds princip) は、刑事裁判が民事裁判に対して持っている特殊性から導かれる。この点は、我が国でも言われることで、我が国の刑訴法一条も、留保つきでこの原則の趣旨を宣言している。

しかし、我が国の刑事訴訟法学の観点からすると、実体的真実主義の原則を「中心原則」として、しかも当事者主義に先行するものとして押し立てることについては抵抗感があるかもしれない。我が国では、一般に、実体的真実主義は職権主義と結びつくもので、手続的保障を重視する弾劾主義・当事者主義のもとではデュー・プロセス主義が望ましいものと考えられているからである。もちろん、我が国においてデュー・プロセス主義を強調する人も、それによってこそむしろ実体的真実が明らかになる、と理解するのが大勢であるが、デンマークの場合はそうでは

なく、刑事訴訟においては実体的真実を求める必要性がある、というふうに積極的に説かれる。

したがってデンマークでは、デュー・プロセス主義を取る英米法に比して、手続的規定 (formelle regler) は比較的軽視されることになる。例えば、細かい技術的な規定に反した裁判はそれ自体有効だし、違法収集証拠はそれが立証に極めて重要な役割を果たす場合には違法性が治癒されることになる⁽²⁷⁾。

実体的真実主義を取り、手続的規定を軽視する場合、必罰主義に陥る可能性は否定できない。そこでデンマーク法はドイツ法にならない、「法的安定性の保障」 (retssikkerhedsgaranti) として、「検察官の客観義務の原則」 (Anklagenyndighedens objektivitetsprincip) を導入し、実体面重視によって失われる部分とのバランスを取ろうとしている。この原則は、「検察機構は、被疑者の無罪を示すすべての状況についても調査する義務がある」というものであり (デンマーク訴訟法七一条参照)、その趣旨から、警察による捜査についても妥当すると解されている。

客観義務の原則は、ドイツで強調されていることからわかるように、職権主義になじむものである。この原則は、もともとは検察官だけが証拠となるべき資料を収集し、その資料だけをもとにして被告人・弁護人が防御活動を行うシステムにおいて、被告人が受ける大きな不利益を補完するために考え出されたものだからである。その意味では、この原則は、当事者主義とは本質的には合致しない部分を持たざるを得ない。

しかし、検察官は単なる有罪請求者ではないこと、検察官の捜査能力が被告人及び弁護人のそれを圧倒していることなどに鑑みれば、この原則は、当事者主義のもとでも——例えば我が国でも——一定限度妥当すると考えられる。田宮教授は、「被告人の実質的な防御機能を取り込む内容であるため、当事者主義の形骸化を招く危険があることと、準司法官として裁判官代替的正確が公判中心主義と矛盾する契機を持つこと」⁽²⁸⁾にこの原則の問題性がある」と指摘されているが、事情はデンマークにおいてもまったく同様で、客観義務の原則を強調する反面、これを当事者主義・公判中心主義と調和させるための工夫がなされている。これについては、すぐあとの当事者主義のところ

で論じることとする。

なお、デンマークでは、自白に補強証拠が必要とされる（デンマーク訴訟法九二五条）のも、実体的真実主義から導かれる要請であるとされる⁽²⁹⁾。自白だけでは事件の客観的真実が明らかにならないという発想である。この点は、アレインメントを認める英米法とは完全に異なる⁽³⁰⁾。

3 第三は、当事者主義の原則 (partsprincipet) である。

当事者主義という言葉には、いろいろな内容が盛られることがあり、その意義もいろいろに理解し得るが、ここでは田宮裕博士にならって三つの当事者主義を区別しておこう⁽³¹⁾。「第一は、形式当事者主義（弾劾主義）であつて、これは、判断者と訴追者が分離して三面構造をなす形態をさす」。「第二は、実質的当事者主義（当事者追行主義）であつて、これは、原告たる検察官の訴追によつて訴訟が始まるのはもちろんであり、したがつて、裁判所を中にはさみ検察官と被告人が対立する三面構造を取るが、検察官が審判対象の設定権をもち、証拠調べも当事者がイニシアティブをとる、という方式である」。「第三は、当時者対等主義であつて、これは、検察官による国家訴追主義を取るところでは、必然的に攻撃・防御力に著しい格差が生ずるので、第二の当事者主義を前提としたうえで、被告人の防御力を増強して実質的対等を実現するためにこれに補正を加えようとするものである」。

そこで、これをデンマークの当事者主義にあてはめて考えてみると、デンマークでは、裁判官と訴追者を分離させるという弾劾主義（形式的当事者主義）を当然の前提として、被告人の防御力を増強して当事者の実質的対等を実現しようとする当事者対等主義（被告人当事者主義）が取られている、と考えられる。

被告人の防御力増強のための補正にはいろいろな方法が考えられる。我が国では、例えば、弁護士依頼権、黙秘権の保障などがあげられている⁽³²⁾。デンマークでも、弁護士依頼権、黙秘権の保障、無罪の推定は当然認められてい

るが、問題は、前述した検察官の客観義務の原則と当事者主義との関係である。

本来、検察官の客観義務が前提とする訴訟観は、検察官がすべての証拠となるべき資料を収集し、これを弁護人があとから閲覧するという職権主義的訴訟観である。検察官が被告人に有利になる証拠も含めて証拠を収集するのはいいが、証拠の収集に弁護人が関われないということになると、弁護人の防御機能の一部分(あるいはかなりの部分)が検察官に奪われてしまうことになり、当事者主義の原則が形骸化することになる。

この点について、デンマーク法は、検察官の客観義務の原則を強調しつつも、検察官だけに証拠収集の権限を与えるのではなく、弁護人にも捜査の現場に関与し、検察官に指示することも含めて、被告人に有利な証拠を集め得るための各種の権利を保障すること⁽³³⁾にしている。

また、客観義務の原則は、検察官に準司法的な役割を求めるため、公判中心主義と矛盾する契機も含む。これが進むと、公判が検察官の事件処理をなぞるだけになる可能性があり、デンマークの場合はさらに起訴便宜主義が取られるので、その傾向がさらに強まる危険性もある。

これについては、デンマーク法が起訴状一本主義を取った上でさらに参審制を導入していることで補正がなされている。特に参審裁判では、公判が口頭主義・直接主義によつて進められることが原理上要求されるため、公判中心主義は相当程度実現されることになる。これは、デンマークが起訴便宜主義を取りながらもその無罪率が一〇パーセント弱である⁽³⁴⁾ということからも見て取れるであろう。

なお、以上のように修正された客観義務の原則には、メリットもある。証拠開示が大幅に認められるということである。⁽³⁵⁾正確に言えば、デンマークにおいて認められるのは、当事者主義が徹底しているアメリカに端を発する本来の意味での証拠開示ではなく、かつての職権主義の時代から受け継がれた弁護人の証拠閲覧である(したがって、公判開始後は検察官が収集した証拠となるべき資料すべてについて、弁護人は閲覧が可能である)。しかし、この当然の

ものとしての弁護人の証拠閲覧は、デンマークにおいては、時代と制度を越えて、実質的には証拠収集能力に劣る弁護人・被告人の防御能力の底上げ、すなわち被告人当事者主義に実質的に資するものとなっているのである。

(四) 職業裁判官

最後に、職業裁判官の現状についても簡単に説明しておこう。

デンマークの職業裁判官は、我が国と違い、形式的には、法務省 (Justitsministeriet) の法律専門の職員ということになっている。法務省が裁判官を採用する形式を取っているからである (これは検察官の場合も同様である)。法務省の法律専門職員になるためには、コペンハーゲン大学 (Københavns universitet) かオーフス大学 (Aarhus universitet) の法学部を卒業し、ユリスト (jurist)⁽³⁷⁾ となっていなければならない。法務省に最初から裁判官として採用される者もあれば、法務省で別の仕事に就いていた者 (特に検察官など) が裁判官になる場合もある。どちらかといえば、後者の形で裁判官になる者の方が多い。なお、法務省による採用という形式を取る以上、デンマークの裁判官は政治的には無色である。⁽³⁸⁾

かくして、裁判官人事は法務省内の官僚人事ということになるから、基本的にはキャリア・システムが支配する。ただ、デンマークという国は一般的に我が国でいうところの中途採用が非常に多いこと (例えば弁護士経験を経てから法務省に入ってくる者もいる)、裁判官から検察官、裁判官から他の法律専門職というように、裁判官職から他の職に転出する者も多いことから、就職した時点から一貫して裁判官として活動し続ける裁判官キャリアというものは比較的成立しずらく、あえていえば、法務省内のキャリアの一部としての裁判官キャリアが存在している、ということになる。

我が国の感覚から言えば、デンマークの裁判官の採用システムは、三権分立の観点から非常に問題がある。司法

権を執行する裁判官が、行政機関である法務省の官僚ということになり、しかも法務省によってその採否がコントロールされることになるからである。しかし、デンマークではこのことはそれほど大きな問題とされてこなかった。このようなシステムが現在まで続いてきたのは、デンマークは歴史的に流血を伴う革命を経験したことがなく、また国家権力が横暴を極めたという歴史も持たないため、三権を分立させてこれを均衡させようという意識が薄かったからだと思われる。司法権（裁判所）は行政権（法務省）のコントロール下に服しているだけでなく、立法権に対しても非常に消極的であり、一五〇年にわたる自由憲法の歴史の中で違憲判決を出したことはつい最近まで一度もなかった。⁽³⁹⁾

しかし、ここ数年で状況は変わりつつある。数年前から裁判官が法務省のコントロール下にあるのはおかしいのではないか、という議論が大きくなり、法務省は裁判所のコントロールに関する調査委員会を招集、委員会の答申に基づく国会での議論を経て、本年七月に裁判所管理庁 (Domsstolsstyrelsen) が設置されたのである。裁判所管理庁は、まだスタートしたばかりで評価はできないが、長い間裁判官出身者と行政官出身者のみで構成されていた最高裁判官にも学識経験者（例えばコペンハーゲン大学法哲学教授ヘンリック・ザーレ）が加わるなど、目に見える形での変化が現れてきている。

(8) 例えば、佐藤節子「北欧」川島武宣編『法社会学講座第一〇巻・歴史文化と法2』一〇二頁は、デンマークを含む北欧各国の法制度について、「大陸法にもコモン・ローにも含まれない第3のタイプに属する法制度」とする。

(9) その理由については、前掲近刊で詳論する。

(10) 本来、「プラグマティズム」という言葉は、アメリカにおける実利主義的思想を指すものとして用いられるのが一般的であるが、デンマークの学者が自国の法学を「プラグマティック」と称するときには、まず理論的な根拠付けよりも実際の解決に関心を持つということ、論理的な整合性よりも具体的な妥当性を重視すること、という程度のニュアンスで用いられる。

(11) 例えばスカンジナビア人の現実主義的な国民性を語ることもできよう。これについて、例えば、角田文衛『北欧史』（一九五五年）七頁

以下、百瀬宏『現代北欧史』（一九八〇年）九頁参照。

(12) 以下列挙する諸条件は、筆者の分析によるものであり、その詳細については裏証的な根拠も含めて前掲近刊書で論じることとする。なお、デンマーク法の歴史全般に関しては、Ditlev Tamm, *Retshistorie Bind 1: Dansk retshistorie*, 1990, København が代表的な文献である（『法制史・第一巻：デンマーク法史』、著者のデイトレウ・タムはコペンハーゲン大学法制史教授）。

(13) 一八六四年、デンマーク・プロイセンの国境線で起こった戦争。ドイツでは、シュレスヴィヒ戦争という。デンマークはこの戦争に敗れ、豊かな農業地帯であった北部スレスヴィを失うことになる。

(14) Se, Palle Lauring, *A History of Denmark*, 3.ed., 1995, Copenhagen, p. 239. (著者のパレ・ラウリングは歴史学者)

(15) ちなみに、本条一項は裁判の公開と口頭主義を要請している。

(16) 前掲注(2)『デンマークの陪審制・参審制』三二頁（エヴァ・スミスの発言。スミットと呼ぶ方がデンマーク語の発音に近い。英語のミスとドイツ語のシュミットの間のような発音と言えば分かりやすいであろうか。コペンハーゲン大学刑事訴訟法教授）。

(17) この点を指摘するものとして、Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret Bind 1*, 2.udg., 1996, København, s.34.（『デンマーク憲法・第一巻』、著者のヘンリック・ザレはコペンハーゲン大学法哲学教授、後述のように、最近、最高裁判所裁判官に就任）。

(18) 法学教育を受けた者が裁判官にならなかったことについては、前述した通り、その絶対数の不足と大学の教育目的が法曹の養成よりも牧師の教養の涵養にあったことによる。

(19) この間の経緯について、詳細は、Kai Fr. Hammerich, *Den danske dommerstand under enevælden — et bidrag til retsvæsens historie i det 17de-18de aarhundrede*, 1931, København 参照（『絶対王政下におけるデンマーク裁判所の状況——一七世紀・一八世紀の司法機関の歴史に寄せて』。著者のカイ・フレデリック・ハンメリックは裁判官）。なお、絶対王政崩壊直前の一八二二年には、大学法学部修士課程修了（cand.jur.の学位取得）が裁判官資格の要件になった。この時期になると、大学の法学教育も実務法曹養成を目的にしたものに切り替わっており、裁判官にもかなりの改善が見られたが、依然として国民は司法の改革を望んでいたと考えられる。

(20) デンマークでは、中世のユトランド法（Jyske Lov）時代からすでに陪審に類似した制度があり、前述した『クリスチャン五世のデンマーク法』では、「真実の人」（Sandemand）と呼ばれる素人裁判官が一定の事件について裁判に参与したという伝統があった（Se, Hans Gam-meltot-Hansen, *Strafferetspleje I*, s.119, 1991.『刑事司法一』著者のハンス・ガメルトフト・ハンセンはコペンハーゲン大学訴訟法教授、現在は国会オムブズマン）。但し、この伝統は現在の陪審制・参審制とは直接的連続性を持たない。

(21) この法典から現行の「訴訟法」制定まで長い年月が経っているが、その間、さまざまな部分的改正が行われていたことは当然である。ただ、陪審制は新法制定までは導入されなかったし、後述するように、新法制定までは刑事裁判においては職権主義が取られていた。

(22) カルマル連合時代の一三八〇年から、キール講和条約が結ばれる一八一四年まで、ノルウェーはデンマークの属領であった。

(23) Se, Stephan Hurwitz, *Den Danske Strafferetspleje*, 2.udg., 1949, København, ss.30-43, Eva Smith, *Straffeproces*, 3.udg., 1994, København, ss.13-25.（ステファン・フルヴィッツ『デンマーク刑事訴訟』、スミットについては前述の通り、フル

ヴィッツは元コペンハーゲン大学刑事訴訟法教授、のちに同大刑法教授。故人。

(24) なお、訴追主義 (anklage princip) という語も同義の語として用いられることがある。

(25) 前掲注 (23) Smith, s.15. (括弧内は筆者が補足)

(26) 前掲注 (20) Gammeltoft-Hansen、前掲注 (23) Hurwitz, Smith の各書。いずれもその時期を代表する体系書・教科書である。

(27) 前掲注 (23) Smith, s.20f.

(28) 田宮裕『刑事訴訟法』(新版・一九九六年)二五頁。

(29) 前掲注 (23) Smith, s.18.

(30) 但し、陪審制を採用している関係上、自白がある場合とない場合とで処理が変わるという点では、デンマーク法も英米法に似る(デンマークではドイツなどと異なり、参審の場合も否認事件のみを扱う)。

(31) 田宮・前掲注 (28)『刑事訴訟法』二三七、二三八頁。

(32) 田宮・前掲注 (28)『刑事訴訟法』二三八頁。

(33) 詳細は、前掲注 (21) Smith, s.104f.

(34) 前掲注 (23) Smith, s.22.

(35) 証拠開示について、我が国では、法や規則で検察官による証拠開示の規定がいくらか設けられており(法二九九、三〇〇条、規則一七八の六、一七八の七)、判例も一定の場合には裁判所が検察官に証拠開示を求めることができることを認めているが、かなり個別的・限定的なものにとどまっている。

(36) デンマークには法学部を持つのはこの二つの大学しかない。なお、ここという「法学部卒」は、我が国でいう修士課程修了と同じであり、卒業生にはキャンディテート・ユリス (cand.jur) の称号が与えられる(この称号について、我が国では時折「法学士」という訳があてられていることがあるが、正しくない)。この称号はキャンド・ユラとも呼ばれ、法曹三者になるための資格でもある。

(37) 前掲注 (36) にいうキャンディテート・ユリスの称号を持つものを一般にユリストという。

(38) この点、政党の利益を代表するアメリカの裁判官とは異なる。

(39) 一九九九年春、自由憲法下ではじめての違憲判決が出された。これは、洗脳的な方法で生徒を集めていたツヴィンゲ・スコーレという私設学校の活動を停止させることだけを目的にした法律を違憲とするものであった。この際のデンマークでの世論は、違憲判決を出されるような立法を行った国会は反省すべきである、二度とこのような判決が出ないようにすべきである、という論調であった。我が国で違憲判決が出された場合には、最高裁の決断が評価され、違憲判決が出る状況がポジティブにとらえられることが多いが、デンマークでは裁判所への賞賛ではなく国会への非難が中心的な意見であったことが興味深い。

三 刑事裁判の現状と改革をめぐる議論

(一) 裁判所の基本的な組織⁽⁴⁰⁾

デンマークの通常裁判所は、三段階ある。すなわち、地方裁判所 (byret)、高等裁判所 (landsret)、最高裁判所 (højesteret) である。しかし、我が国と同じ意味での三審制はとられていない。通常の民事・刑事事件は、地方裁判所を第一審裁判所とし、控訴があつた場合には、第二審の高等裁判所で確定する。⁽⁴¹⁾ つまり、特別の民事・刑事事件で、高等裁判所を第一審とした事件のみ、最高裁に上訴できるのである。それゆえ、デンマークの裁判所は二審制であるといふことができる。地方裁判所から順に説明しよう。⁽⁴²⁾

1 地方裁判所

デンマークは、全部で八二の法区域 (retskreds)⁽⁴³⁾ に分けられる。この法区域に一つずつ地方裁判所がおかれている。地方裁判所は、かつてはもっと数が多かつたが、⁽⁴⁴⁾ 統廃合によつて現在の数になった。地方裁判所は、刑事事件を扱う刑事部 (kriminalret) とその他すべての種類の事件を扱う民事部 (civilret) に分けられている。

地方裁判所における刑事事件審理では、被告人が自白しているかどうかによつて処理が異なる。というのは、自白のあつた事件の場合には職業裁判官単独が、自白のない事件の場合には参審の手続に入り、職業裁判官 (tag-dommer) 一名と参審員 (domsmænd) 二名が審理に関与することになるからである。⁽⁴⁵⁾

素人裁判官が関与する事件 (否認事件) の数は少ない。例えば、一九九三年に地方裁判所で審理された刑事事件は全部で六五、一四三件であつたが、その中で素人裁判官が関与した事件は八、二九五件にすぎず、したがって残りの五七、〇〇〇件は自白事件であつた。

2 高等裁判所

デンマークの高等裁判所は、首都コペンハーゲンとユトランド半島の古都ヴィボーに一つづつ置かれている。それぞれ、デンマーク全国の東部と西部を管轄するため、東高等裁判所 (Østre Landsret)、西高等裁判所 (Vestre Landsret) と呼ばれる。東高裁は、フュン島から東の全地域、西高裁は、それ以西、すなわちユトランド半島全域を管轄区域とする。

刑事裁判としては、大きく分けて二種類の事件が扱われる。地方裁判所から控訴された事件と、高等裁判所を第一審とする「重い事件」(alvorlig sag) である。何を重い事件とするかについては、罪名で決定された時期もあつたが、現在は検察官が四年以上の自由刑を求刑した場合となつて⁽⁴⁶⁾いる。

地方裁判所からの控訴事件の場合、通常は三人の職業裁判官と三人の素人裁判官で審理される。これは地方裁判所の場合と同様、参審である。

高等裁判所を第一審とする「重い事件」については、三人の職業裁判官と二人の陪審員 (nævning) からなる陪審会 (nævningeting) による裁判、すなわち陪審による裁判となる。陪審の第一の任務は、裁判官の指導を受けて有罪か無罪かを決定することである。職業裁判官は、事案の簡単な要約、必要に応じた法の説明、陪審員との質疑応答を行う。評決は、多数決の八票を持つて有罪となる。この際、裁判官は、陪審の決定を——被告人に有利な方向で——覆す権限を持つ (これは「二重の保障」(dobbel garanti) と呼ばれ、デンマークの陪審制の特徴となっている)。しかし、実際に覆すのはまれである)。

陪審の第二の任務である量刑に関しては、陪審と裁判官の合議によつて決定される。

一九九三年には、地方裁判所からの控訴事件が二、五六二件あつたが、量刑が重くなつたケースが一三パーセント、軽くなつた事件が二七パーセント、同じだつたケースが六〇パーセントであつた。なお、高等裁判所を第一審

とする否認事件は、一〇一件あった（うち、六八件が東高裁、三三件が西高裁）。

3 最高裁判所

最高裁判所は、首都コペンハーゲンに置かれている。この裁判所が扱う事件は、高等裁判所が第一審を扱った事件、すなわち陪審事件 (nævningssag) と、地方裁判所から高等裁判所に控訴され、極めて例外的にさらに上告された事件である。

最高裁判所裁判官は、我が国と同じく長官一名と裁判官一五名で構成され、政府によって任命されるが、刑事事件の場合には、最少五名以上の裁判官の関与のもとに審理される。

最高裁判所では、有罪か無罪かの判定は覆らない⁽⁴⁷⁾。量刑変更があるのみである。

一九九三年には、高等裁判所からの上訴事件が六六件あったが、量刑が重くなったケースが一二件、軽くなったケースが一四件、同じだったケースが四〇件であった。

(二) 参審裁判

1 以上のように、デンマークにおいて参審裁判が行われるのは、地方裁判所において審理される否認事件、及びこれが控訴されたときに高等裁判所で審理される否認事件の二つの場合がある。典型的な参審制では、自白事件・否認事件を分けないので、デンマークの参審制はこの面ではやや特殊である。実は、デンマークでも、かつて参審制を導入する際には、司法制度委員会から自白事件と否認事件を分けずにすべての事件について参審裁判を行うという答申がなされていたのであるが、結局は否認事件についてのみ参審制が採用された。これには、先に陪審制が導入されており、参審制の導入は市民の司法参加をさらに進める補完策として考えられていたことが若干影響

しているかもしれない。⁽⁴⁸⁾

参審制は、職権主義の国で用いられることが多いが、デンマークでは、当事者主義・起訴状一本主義のもとで行われている。ただ、職権主義の国でも、参審員は公判が開始されるまでは事件についてなにも知らされていないのが通常であるから、参審員の立場から見た場合には職権主義でも当事者主義でもそれほど違いはない。異なるのは、職業裁判官の方である。デンマークでは、職業裁判官も参審員同様、白紙の状態で公判に臨む。このことは、裁判官と参審員の合議に影響を及ぼすこととなる。特に、事実認定に関しては参審員も職業裁判官に劣らない判定が可能ならず、これについては職業裁判官も参審員の判断に敬意を払うという。⁽⁴⁹⁾

デンマークの参審裁判は、陪審裁判と違い、地方裁判所における軽罪の否認事件を中心に用いられるものであるから、その件数も多く、陪審に比較して多数の人々が参加することになる。例えば一九九三年の資料から見ると、参審裁判が行われた件数と陪審裁判が行われた件数から考えて、⁽⁵⁰⁾参審裁判では延べ二万一千人、陪審裁判では千二百人あまりの市民が裁判に刑事裁判に参加している計算になる。デンマークの総人口が約五百五十万人であることを考えると、これはかなりの率である。

2 デンマークでは、参審制の運用に関しては、ほとんど否定的な意見が聞かれない。その意味で、デンマークの参審制は、基本的には良く機能していると評価されている。だが、参審制についてはいくつかの問題点も指摘されている。⁽⁵¹⁾現在デンマークで議論されている最も重要な問題は、参審員の選任方法である。

現在のデンマークの実務では、参審員はコムーネ（日本でいう市にほぼ相当する）の作る一定人数の候補者のリストから選ばれる。この候補者は、国会に議席を持つ政党の党員から選ばれるのが慣行であるが、これは、政党党員であれば社会的意識が高く裁判官とも十分に議論できる能力があると推定できること、政党のバランスを取ること

により政治的な意見の偏りをなくすこと、などの理由に基づいている。

まず問題となるのは、参審員が政党の党員から選ばれる以上、確実に参審員に選ばれない層が出てくる——国民を二種類に分ける——ことになる、という批判である。これは、参審制を批判する場合に一般に言われることであるが、デンマークでは陪審員もこのリストにしたがって選ばれるので、デンマークの場合には、素人裁判官制度一般に該当する批判になる。

これについては、参審員の質を確保するためにはある程度は仕方がない、という反批判が一般に行われている。実際に、ドイツなどでは参審員のレベル低下が問題となっており、ある程度の基準を持って参審員を選ばざるを得ないというのにはそれなりの理由がある。

参審員の質の確保が必要となる参審制はそれだけで制度内在的な問題があり、それゆえに陪審制の方が良いのだ、という議論も可能だが、陪審の場合も果たして完全な無作為抽出でいいのかどうかはわからない。デンマークでは、陪審員にも質を要求していることを見れば、それは知れよう。

逆に、ある裁判官⁽⁵²⁾からは、すべての素人裁判官制度について無作為抽出、あるいはそれに近い方法を取るべきだという意見も聞かれた。彼女の経験によれば、デンマークの素人裁判官はいずれも政党党員であるがゆえに、思想信条は違えども似たタイプが多く、本当に一般社会の感覚を裁判に反映できるのか若干の不安を感じるというのであった。このような意見も、市民感覚の忠実な反映という観点からはそれなりに理由のあるものであるが、デンマークでは比較的少数意見である。

なお、デンマークには、千人以上の素人裁判官へのインタビューを通じて、素人裁判官の実態を調査したプレーベン・ヴィルイエーム (Preben Wilhelm)⁽⁵³⁾の研究がある。かなり詳細な研究であるが、一般的な部分だけを要約すると、素人裁判官が行う量刑について、①女性は男性よりもゆるやかであること、②年齢が高くなるなるほどゆる

やかになること、③保守的な政党の党員であるほど厳格になること、などが明らかになっている。

(三) 陪審裁判

1 デンマークにおける陪審裁判は、高等裁判所を第一審裁判所とする重大事件の否認事件について行われる。件数は比較的少ないが、重大事件を扱うが故に重要な役割を果たしているといえる。

被告人は、職業裁判官のみによる裁判と陪審のどちらかを選ぶということはできない。一定の事件においては、必要的に陪審裁判が行われる。この点はイギリスと同じである。

また、デンマークでも、陪審員が評議に入る前に職業裁判官による事件の要約 (Resume) と法の説示 (Retsbelysning) が行われる。事件の要約では、事件の重要なポイントを簡潔に説明するほか、公判に現れた証拠の評価が、一般的な証拠法則を示しながら行われる。具体的な証拠の評価に言及する点では、アメリカとは違い、イギリスに似る。法の説示で説明されるのは、例えば、故意とは法律上どのように理解されているか、とか、強盗罪と傷害罪及び窃盗罪はどのように違うか、などの問題である。これは、英米どちらとも似ている。⁽⁵⁴⁾

そのほか、デンマークの陪審員は、アメリカのいくつかの州におけるのと同様、有罪の場合には量刑にも関与することもここに付け加えておこう。

なお、英米の両制度とも異なる点については、すでに述べたように、二点ある。すなわち、①有罪の評決について、二人の陪審員全員——イギリスの場合は一人を除いた全員——の意見の一致は必要ではなく、単純な多数決により有罪(八人の一致)の評決ができる、ということ、②デンマークの陪審員は、参審員と同様、政党の党員をもとに作られたリストから選ばれること、である。

2 デンマークの陪審制はあまり評判が良くない。特にここ十年ばかりはその傾向が顕著で、陪審制の根本的な改革を求める論文・著書の公刊が相次いでいる。

ではなぜデンマークにおける陪審制の評判が良くないのであるのか。これは、前掲『デンマークの陪審制・参審制』においてエヴァ・スミット(スミス)も発言しているが、デンマークの陪審制が含んでいる二つの問題点に尽きると思われる。第一は、陪審の評決について上訴が許されていないこと、第二は、陪審の評決に理由を付することができないこと、である(なお、さらに実的な問題点として陪審員の評決の妥当性という問題があるが、これについては後述する)。

このような現状に鑑み、法務省は、一九九五年に司法制度委員会(Retsplejerådet)を設置し、陪審制度改革についての審議を命じていたが、九八年三月には陪審制度の抜本的な改革を含む答申案が国会に提出された。この答申案については、すでに我が国でも簡単に紹介されている。⁽⁵⁶⁾

答申案の要旨は、以下のようものである。⁽⁵⁷⁾

① 陪審事件は、第一審である地方裁判所において審理される。⁽⁵⁸⁾

② 地方裁判所における陪審事件は、職業裁判官二名と陪審員六名によって審理される。有罪の評決は、職業裁判官と陪審員の共同投票による。この評決は、裁判長の指導のもと、職業裁判官と陪審員の間で行われた議論をもとに行われる。

③ 被告人が有罪とされるためには、陪審員票のうち、少なくとも四票の有罪投票が必要とされるのであって、陪審員は評決について決定的な影響力を持つことが保障される。かくして陪審員の、職業裁判官からの独立性が保たれる。⁽⁵⁹⁾

④ 被告人が有罪とされるためには、陪審員の最低四名の有罪票のほか、最低一名の職業裁判官が有罪票を投じ

なければならない。かくして、現行のいわゆる「二重の保障」が保たれる。

⑤ 投票は、まず陪審員が、次に職業裁判官が、最後に裁判長が行う。

⑥ 判決には有罪あるいは無罪の理由と、評決における票数が示される。

⑦ 量刑は、現行法と同様、陪審員と裁判官の共同で決定される。

⑧ 地方裁判所の判決については、事実誤認、量刑不当ともに高等裁判所に控訴できる。従来と異なり、検察官は、無罪判決についても控訴できる。

⑨ 高等裁判所に控訴された事件のうち、第一審が陪審事件であり、さらに有罪判決が行われた事件については、職業裁判官三名と陪審員九名により審理される。高等裁判所においても、評決・量刑ともに職業裁判官と陪審員の共同投票によって決せられる。被告人が有罪とされるためには、陪審員六名、職業裁判官二名が有罪票を投じる必要がある。これは、現行法が有罪評決のために三分の二以上の有罪票を要求していること、裁判官によるいわゆる「二重の保障」があることに対応するものである。

⑩ 高裁における議論・評決の方法、理由とその内容については、地裁で行われるのと同様である。

⑪ 最高裁判所への上告は、特別な場合、量刑に関してのみ認められる⁽⁶⁰⁾。

3 この答申案では、前述した二つの（制度上の）問題を解決するための工夫がなされている。順に検討しよう。

第一の問題は、現行法では陪審の評決について上訴が許されていない、というものであった。

現在のデンマークの制度では、陪審員の評決について、無罪の場合は無罪で確定、有罪の場合は職業裁判官が陪審の評決を覆し、無罪の判決を下すことができる（いわゆる二重の保障）、という方法が取られている。しかし、職

業裁判官が有罪評決を覆さなかった場合には、上訴は許されず、有罪のまま確定してしまうのである。量刑不当については最高裁に上告できるが（陪審裁判は高等裁判所を第一審とするので上訴する先は最高裁になる）、有罪判決が覆ることはない。この現状は、二重の保障があるとはいっても被告人にとっては大きな不利益である。しかも、職業裁判官による有罪判決の破棄が行われることは極めてまれで、事実上、陪審員の評決が最終的なものとなっている点に鑑みれば、この問題はより深刻である。

典型的な陪審制を取る英米法と比較してみよう。⁽⁶¹⁾まず、陪審員の無罪の評決について、英米法では、検察官側は上訴できない。デンマーク法が職業裁判官による無罪判決の破棄を禁じているのもこれと同じ趣旨であり、この点は英米法と同じである。他方、陪審員の有罪の評決について、英米法では、被告人側は上訴できることになっている。陪審制による場合、事実審を繰り返すことは嫌われるので、上訴が行われるのは法令違反の場合であるが、それでも証拠法則違反の形で実際上事実問題が争いの対象とされている。しかし、デンマークでは、この場合にも被告人の上訴は認められない。

ただ、デンマーク法が上訴を禁じているのも、理由がないわけではない。事実審を何度も繰り返すのは、口頭主義・直接主義を徹底できる陪審制という慎重な手続を取っている以上無意味である、という理由にはそれなりの説得力があるし、法令違反についても「二重の保障」を導入しているのだから、十分に救済できるとも言い得る。⁽⁶²⁾

しかし、上訴の可能性がまったくないのでは、万が一間違いが起きた場合に取り返しがつかない。司法制度委員会もこの点を考慮し、上訴を認めるべきとの答申を行っている。しかも、その範囲はかなり広い。いわゆる法令違反のみならず、事実問題についても上訴を認めようというのである。すなわち、答申案によれば、上訴が行われた場合、再度陪審裁判が行われることになる。

これに伴い、現在陪審事件の第一審が行われる裁判所も一段下に移行される。陪審事件の第一審は現行法では高

等裁判所であるが、これを地方裁判所とし、第二審を高等裁判所で行う、というわけである。これには、①最高裁が非常に多忙であり、今以上に負担を負わせるわけにはいかないこと、②最高裁が事実審になることを避けること、という意味があろう。

4 第一の問題は、結局は制度上の問題なので、補正することはそれほど難しく⁽⁶³⁾ないし、答申案の提案も——事実審、しかも陪審を二度繰り返すというのは確かに異色ではあるが——まったく奇妙だというわけではない。

しかし、デンマークの陪審裁判が持つ第二の問題、すなわち陪審の評決に理由がつけられない、というのは、陪審裁判そのものが原理的に内在している問題だけに、非常に厄介である。

陪審の評決に理由を付することが出来ない、というのは、以下のような理由による。陪審裁判は、法律の素人である市民から選ばれた陪審員によって評決される。評議の前にあらかじめ職業裁判官の指導を受けるが、最終的には陪審員全員が議論して評決するのであって、その議論には職業裁判官は参加できない。そのような市民によって有罪あるいは無罪の評決が行われる場合、その理由は個々の陪審員によってさまざまであって、これをひとつの書面にまとめるのは至難である。市民の中にはその理由を上手にまとめることができる者もいるかもしれないが、法律の専門家でない以上、一般的にはそのようなことは期待できない。しかも、デンマークの場合は英米と異なり、一二票のうちの八票で有罪・無罪の評決ができるのである。反対意見を考慮したら、理由をまとめることがさらに困難になることは間違いない。

我が国でも、陪審裁判よりも参審裁判を導入すべき理由として、「評決に理由を付することができないこと」をあげる意見がある。確かに、この問題は陪審の大きな欠点で、デンマークでもその解決方法については意見が分かれている。

答申案は、これについて、陪審員の評議に職業裁判官を加えることでこの問題を回避しようとしている。すなわち、陪審員と職業裁判官の合同の評議による評決を行おうというのである。こうなれば、職業裁判官が理由をまとめることも可能になってくる。

しかし、問題は職業裁判官が評議に参加するという、そのことそのものである。これでは、陪審制とは名ばかりで、事実上参審制を取るのと同じではいか、という疑問が生じるのである。⁽⁶⁴⁾

答申案は、それでもこの制度を「陪審」と呼んでいる。陪審制を廃止することは、前述した憲法に違反することになるからである。憲法違反かどうかについては、デンマーク法固有の問題でここで詳細に論じることとはできないが、⁽⁶⁵⁾前述のように、司法制度委員会は憲法には違反しない、としている。逆に、裁判官の合議への参加に反対する論者には、憲法違反であるとする者が多い。

答申案が、一部から憲法違反の提案だと批判されることを覚悟でこのような案を持ち出したのには、陪審の評決に理由を付することが出来ない、という理由からだけではない。これには、多くの裁判官や学者の支持が背景になっている。彼らは、陪審の合議への職業裁判官参加と、共同投票 (fællesvoting) を長い間提案してきたのである。

5 例えば、デンマークの全職業裁判官が組織する「裁判官協会」(Dommerforening)⁽⁶⁶⁾は、答申案に先だって、共同投票を含む陪審制度改革案を提示したが、これは、陪審事件第一審は地方裁判所で行い、それには二人の職業裁判官と六人の陪審員が参加する、評決は、共同投票で行う、事実誤認・量刑不当の両方について高等裁判所への控訴を認め、高等裁判所の陪審は二人の陪審員で組織する、など、今回の答申案に非常に近い内容を持っている。裁判官協会には、原則としてすべての裁判官が参加しており、それゆえ、一般に裁判官は答申案におおむね賛

成という傾向が見られる。⁽⁶⁷⁾

一方で、一部の学者や市民運動家⁽⁶⁸⁾が、共同投票に反対する論陣を張っている。その代表格は、エヴァ・スミットである。スミットによる答申案批判の骨子は、おおまかにわけて、①共同投票は実質的な陪審制の廃止であり憲法違反であること、②職業裁判官からの影響は極めて大きく陪審員の独立性が著しく害されること、③有罪判決の理由の明示は共同投票を導入せずとも可能であること、の三つに分けられる。①については、デンマーク法固有の問題であるからここでは深入りせず、②と③についてスミットの主張を見てみよう。⁽⁶⁹⁾

6 まず、②の職業裁判官の陪審員への影響についてである。答申案は、有罪の評決について、陪審員は六票、職業裁判官は二票もっているのだから、職業裁判官が二人とも有罪に投票しても、陪審員は被告人を無罪にできるのであつて、陪審員は評決について決定的な影響力を持つている旨述べているが、スミットはこれに対し、「その影響も職業裁判官の指導の範囲内しかおよび得ない」という辛辣な批判を加える。

さらにスミットは、答申案の論理矛盾を指摘する。答申案の中には、「陪審員の評決は不当な結論を導く」という表現が散見されるが、これは基本的に答申案が職業裁判官側の視点によっていることを意味する。しかし、同時に、「素人裁判官は完全に独立しており職業裁判官の影響は受けない」とも述べてもいる。スミットによればこれは矛盾であつて、このような発言が前記発言を行った同じ口から聞かれることはまったくおどろくべきことである、という。

確かに答申案全体を通して読んでみると、都合のいいところで陪審員の独立性を押し出しつつ、本音では裁判官の指導が必要だと考えているように見える。その点に矛盾があることはスミットの指摘する通りであり、答申案のレトリックにはほころびが見える。あるいは委員の間での微妙な見解の相違や迷いが現れているのかもしれない。

しかし、もし答申案が——ヴェスタゴーははっきりと述べているが——正面から、すなわち素人裁判官の判断が常に穏当であるとは限らないので裁判官の指導と共同投票を導入するのだ、と言いきった場合、これは価値判断の相違、すなわち政治的な争いになってしまうことになる。すなわち、ここでのスミットの批判は、最終的には陪審制の民主性そのものへの評価という、政治的・理念的な対立にまでさかのぼることになるわけである。

7 次に、③の有罪評決の理由の明示は共同投票を導入せずとも可能である、という主張についてである。これは、答申案が共同投票を導入すべきとする最大の理由を真つ向から否定するものであるから、スミットの批判は慎重に検討する必要がある。

スミットはまず、従来の発想のままでは評決の理由を示すことができないことに同意する。その理由は、第一に、一二人の陪審員全員が同意することが難しいこと、第二に、素人である陪審員が示す根拠は、専門家である弁護人・検察官双方から裁判のやりなおしを求めるための格好の標的にされるであろう、ということである。しかし、スミットはそれだからといって理由を示すことができないというわけではない、として、新たな提案を行う。

スミットはまず、かつて西高裁で行われた例をあげる。これは、職業裁判官が陪審の議論を聞いておそらく有罪と考え理由をあらかじめ書いておき、評決で有罪が決定した後、その理由をあわせて文書にしたというケースである。スミットは、これは、共同投票がなくとも評決に理由をつけることができるひとつの例だという。

そして、さらに現在の「二重の保障」のもとでは、職業裁判官が陪審の評決を是としない限り有罪判決が出ないことだから、評決が終了し、陪審員と職業裁判官とが、有罪、あるいは無罪の結論に同意したあとで、あらためて陪審員と職業裁判官が根拠づけをおこなうための議論を行い、これの議論を職業裁判官がまとめて理由として付せばよい、と提案する。スミットは、現行法のもとでも、評決の後に量刑のために陪審員と職業裁判官が同席して

議論するのだから、その際に理由についても議論できるはずだという。

スミットの提案はなるほど理論的には優れたものであるが、果たして結論が決まっているものについて、その理由をあとから議論してまとめることができるのであろうか。これは、現実的に考えてかなり難しいのではないかとされる。なぜなら、評決の理由をまとめる際に、例えば職業裁判官が「この事実はこのように認定するのですよ、ですからこれを理由にしましょう」と言った場合に、陪審員が、「なるほど、それならば私は無罪に投票していました」というように、評決の時点と意見を変えてしまうことが予想できるからである。それが極端になった場合には、陪審員の間から、評決を覆そうという動きが出てこないとも限らない。そのようなことになったら、議論は混乱するばかりか、社会問題にもなりかねないであろう。ならば、最初から職業裁判官が議論に参加するか、あるいはまったく陪審員に任せきりにする方が現実的であるように思われる。

(40) 前掲『デンマークの陪審制・参審制』で紹介されている内容と相当程度重なるが(特に一八七頁以下)、確認のためにここでも簡単にまとめておくことにしたい。なお、本文で引用している数値は、Helle Askgard, Carl-Johan Bryld, Morgens Børup, Knud Erik Sørensen, og Vibeke Tromholt red., Fakta Danmark 95, København, 1995⁷ 及び Danmark Statistik red., Kriminalstatistik 1996, København を参考にした。前者(『犯罪統計1996年版』)はデンマーク統計局が出版している公式の犯罪統計であり、後者(『デンマークの事実95年版』)は犯罪統計だけでなく、デンマーク社会全体を統計に基づいて解説した書物である。

(41) 但し、最高裁判所の自発的決定または司法大臣の申立てにより、例外的に最高裁判所で審理をすることができる。しかし、現実にはほとんどその例はない。

(42) なお、特別裁判所として、海事・商事裁判所(Sø-og Handelsretten)、特別再審裁判所(Den særlige klageret)、国事裁判所(Rigsretten)があるが、ここでは省略する。詳細は、塚本重頼「デンマークの裁判制度」法の支配三六号(一九七八年)一一三頁、Paul Garde, Sadan arbejder domstolene, s. 23 f.などを参照(『裁判所はかく働く』、著者のポール・ガーデは、西高裁判官。本書は一般の人々も分かるように非常に分かりやすく書かれており、デンマークの裁判制度の入門書として好適である)。

(43) これは我が国の「県」にほぼ相当するアムト(Amt)や、「市」に相当するコムーネ(Kommune)といった行政区域とは異なる。

(44) 地方裁判所は、一九七八年の時点で一〇八あったとされる(塚本・前掲注(42)論文一一三頁参照)。なお、この当時の通常裁判所は現在と

名称が異なり、ヘアレドスラット (herredstret: 教区裁判所) あるいはウナラット (underret: 下級裁判所) と呼ばれた。

(45) 被告人が自己の犯罪の成立を認めている場合において別個の処理を行うという点では、英米法におけるアレインメントや陪審制の考え方に近い。これについては、参審制に先行して導入されていた陪審制からのインスピレーションがあったと思われる。なお、アレインメントを認めないのには、前述した大陸法的な実体的真実主義の考え方があつた。

(46) これは、前述の「訴訟法」(ラッツ・プライエ・ロー、retspejelov) に定められている。デンマーク刑法典においては、英米刑法やかつての我が国の刑法のような重罪と軽罪の区別はない。

(47) それゆえ、高裁における「重い事件」に関する陪審の判断は決定的である。陪審については上訴を許さないというのは比較法的に見て一般的だが、デンマークの場合、二審制を取るの、ヨーロッパ人権規約に違反しているという意見もある(前掲注(2))『デンマークの陪審制・参審制』二五二頁、ヴァウン・グレーヴェ (Vagn Greve, コペンハーゲン大学刑法教授) の発言参照)。前述した二重の保障が重要になる所以である。なお、この問題については、最近の陪審規定改正の答申ともからんでこみいった議論があるが、詳細は後述。

(48) この間の経緯については手元にある資料では不明なので、今後機会をみて検討したい。

(49) 職業裁判官と参審員の合議の進め方一般については、ヒラロド (Hillerød) 地方裁判所刑事部の判事であるペーター・ガーデ (Peter Garde, 研究活動にも熱心で、刑事法に関する著書・論文が多数ある) から教示を得た。彼によれば、職業裁判官は、合議に入るとまず参審員に対して「被告人は何をしたのでしょうか」と尋ねる。事実認定に関しては参審員も職業裁判官にまったく劣るところがないと考えられるからである。そして、一通り参審員の話聴いた上で自分の考えを話し、異論があれば議論して、その上で三人の意見をまとめる。ガーデによれば、通常は、この段階では自分の考えよりもむしろ参審員の考えを尊重する。次に、職業裁判官は、「被告人は有罪でしょうか、無罪でしょうか」と尋ねる。この段階では、職業裁判官が法律の規定や先例を説明し、その上で参審員の意見を求める。これは、ガーデの言葉を借りれば、「職業裁判官の方が法律に関しては詳しいから」である。そして、無罪と判断すればそこで合議は終了するが、有罪と判断した場合には、「被告人にどれだけの刑を科すべきでしょうか」と尋ねる。ここでも職業裁判官は先例を説明する。この量刑の段階が実は最も職業裁判官と参審員の意見が割れるところであるが、参審員の方が多数の票を持っているため(職業裁判官一人、参審員二人)、参審員の意見によってかなり結論が変わってくるのである。なお、筆者はその後、ヒラロド以外の場所で参審裁判に参加した参審員数名にもインタビューする機会を得たが、合議はこのガーデの説明と同じように進められているとのことであつた。

(50) 陪審員と参審員を兼ねる人、複数の参審裁判にかかわる人(それでも年間最大四件以内と決められているが)がいることから、正確な人数は計ることができないが、延べ人数は計算できる。

(51) そのひとつは、「参審員は結局法律の専門家である裁判官の意見に影響され自由な判断ができないのではないか」という疑問である。確かに、デンマークで参審員をつとめたことがある人に聞いても、「実際に影響を受けると思う」と答える人は多い。しかし、デンマークでは、この点はほとんど問題とされていない。

これにはデンマーク人の性格が関係している。デンマーク人は、他のヨーロッパ人に比べても特に議論好きで、自分の見解を述べた上でそれ

を論拠付けることに關しては(それが客觀的に正しいかどうかは別にして) 非常に優れた能力を持っている。論点摘示の方法、論拠の示し方などについても、小学校からの議論中心の授業で徹底的に訓練されている。しかも、参審員に選ばれるのはその中でも特に政治に深い関心を持つような社会意識の高い人々である。デンマーク人が、自国の参審員なら裁判官とも十分に渡り合えると考えていることは不思議ではなく、また実際に十分議論できていることが予想される。

また、デンマークは、もともと平等意識の強い国であつたが、六〇年代以降さらにそれが進み、国民の間には、年齢や地位による上下意識がまったく言つて良いほどないことも大いに關係していると思われる。筆者は、コペンハーゲン大学において、ゼミや卒論の指導を実際に見る機会を得たが、学生が足を組んだ上に頬杖をつきながら、教授の意見に対して激しい批判を加えるといった光景が頻繁に見られた(これには、指導教授が採点に加わらないことも關係しているかもしれないが)。デンマークでは、権威や「お上」に対する意識が、日本の場合とは根本的に異なっていることに注意すべきであらう。

(52) エスビャア (Esbjerg) 裁判所判事補 (dommerfuldmægtig) インゲリセ・ノリスニールセン (Inge Lise Norris Nielsen) による。

(53) Preben Wilhelmsen, Folkevalgte dommere, Kriminalistisk Instituts Stencilserie Nr. 49, København, 1988. (『市民が選んだ裁判官』、著者のプレーベン・ヴィルヘルムスは犯罪学者、法社会学者)。

(54) 説示の内容については、前掲注(23) Smith, s.61, 62.

(55) 前掲『デンマークの陪審制・参審制』三一頁参照。

(56) 前掲『デンマークの陪審制・参審制』一八五頁。本文の記述はこれと重なるところが多いが、本文では前掲書に書かれていないことも書き加えてあるので注意されたい。また、本文の記述は、前掲注(5) Betenkning om behandling af nævningsesager, ss.10-12に記載されている司法制度委員会による公式の要約をもとに、さらに重要と思われる部分を書き加えて整理したものである。この要約はもともとデンマーク人向けに書かれているので、ダイレクトではあるがかえって分かりにくいところもある。前掲書ではその点も上手にまとめられているので、ぜひ参照されたい。

(57) なお、司法制度委員会は十一名の法曹、学識経験者から構成されていたが、そのうち九名名の賛成により答申案がまとめられたことを付記しておく。

(58) ここでいう陪審事件とは、刑事事件のうち、検察官が四年以上の求刑を行った事件である。

(59) それゆえ、司法制度委員会は、答申案はデンマーク憲法六五条二項で理解できる範囲内にある、と言う。

(60) 前掲注(2)『デンマークの陪審制・参審制』において、「不明な点」とされていた、(イ)合議・評決の方法(本文②、⑤、前掲注(5) Betenkning, s.67参照)、(ロ)高裁での評決の方法(本文⑩、同 Betenkning, s.109参照、答申案の草案九一四条二項による同草案八四四条の準用)、③高裁での理由の有無・内容(前掲(ロ)と同じ)については、要約の中に書き加えておいた。

(61) 英米法における陪審制について、渡部保夫『宮澤節生』木佐茂男『吉野正三郎』佐藤鉄夫『テキストブック現代司法』(第三版・一九九七年)一七九頁以下。

(62) ただ、「二重の保障」によって判断が覆ることは実際上かなりまれであるという事実には注意する必要がある。

(63) 但し、ヨルン・ヴェスタゴー (Jørn Vestergaard, コペンハーゲン大学刑法準教授) はその論文の中で、デンマーク法が上訴を許していないことと陪審の評決に理由がつけられないことをリンクさせて論じている。すなわち、「陪審の評決は——より重大でない事件の判決と逆に——上訴できないことになっている。だが、もし上訴できることになれば、評決の理由がより必要になってくるであろう。上告あるいは再審で判決が覆える見込みについて予測するための有効な方法として、評決の理由のほかに何があるだろうか」と (Jørn Vestergaard, *Nævningeordningen bliver kun rationel med radikale ændringer*, Lov og Ret 01, nr. 40, 1992, s. 10. (陪審規定は抜本的な改正によってのみ合理的なものとなる」、雑誌『法律と法』所収)。このヴェスタゴーの見方が正しいとすれば、陪審における上訴の可否は、単に制度上の問題であるとは言えないことになる。筆者は、ヴェスタゴーの見方はある意味ではもつともだと思いが、評決の理由が上訴を認めるために絶対に必要なものだとは思わない。なぜなら、同じく評決に理由が付されない英米の陪審制でも、上訴の道は開かれているからである。ヴェスタゴーの議論は、評決に理由をつけることの重要性を訴えるためのレトリックのひとつと考えた方がよからう。

(64) 前掲注(2)『デンマークの陪審制・参審制』一八五頁では、「デンマークの陪審制について、実質的にこれを廃止し、参審制を採用するものである」との解説がなされている (佐藤博史弁護士執筆部分)。

(65) 一般論として、デンマークの裁判所は違憲判断について極めて消極的である (前掲注(39)参照)。なお、「陪審」を現すデンマーク語は「ネウニンゲ」(nævninge)であるが、この語は本来、「参加する者」を意味する (ちなみに「参審」は「ドムスマン」(domsmænd) というが、これは「判断する者」という意味である)。「参加する者」という語をそのままとらえれば、確かに英米流の陪審でなくてもよいのかもしれないが、英訳する際にはジュリー (jury) と呼び、また憲法制定の経緯においてもイギリスの陪審制が念頭に置かれていたことから、憲法上の疑義が生じるという議論もかなりの説得力を持つと思われる。

(66) 「協会」(forening) はデンマークをはじめとする北欧諸国に独特なもので、共同の利益を守るべく創設される団体であり、政治的には圧力団体としても機能する。北欧の政治 (いわゆる北欧民主主義) は、コーポラティズムという言葉で表現されることが多いが、これは以上のような状況を比喩的に表現したものである。

(67) 例えば、前述の裁判官ガーデ (前掲注(49)参照) は基本的に答申案を高く評価する論文を公表している (Peter Garde, *Et godt forslag men det kan forbedres*, Ugeskrift for Retsvæsen, B, 1998, s. 215) (「良い提案、しかしさらなる改善が可能」、『週間司法機関雑誌B編 (論文編)』)。ガーデは、いくつかの点で——例えば陪審第一審の裁判官について、現在の地裁裁判官だけでなく、さらに別の裁判官を参加させるほうが良いなど——答申案は改善できるというが、基本線は共同投票導入を是とするところにある。

(68) 共同投票制度に反対する市民運動のサイトとして、www.just-wel.dk/naevning.htm がある (但しデンマーク語)。代表者は陪審員を数期つとめた人で、その論旨は、一言で言えば民主主義の重視である。しかし、陪審員の中にも共同投票に賛成している人々がいることも指摘しておかねばならない。

(69) Eva Smith, *Et juridisk skoleridt*, Ugeskrift for Retsvæsen, B, 1998, s. 471ff. (「法律的な模範騎乗」、『週間司法機関雑誌B編 (論文編)』)。

奇妙なタイトルの論文であるが、答申案に従えば、職業裁判官による指導の通りに陪審員が行動するようになってしまう恐れがあることを痛烈に皮肉ったタイトルといえよう。タイトルに用いられている skoleridt という言葉には、乗馬学校で教わった規則通りに、模範的に騎乗してみせる、という意味がある。スミットはそのほかにもいくつかの点で答申案を批判しているが（陪審員の人数や、一審に参審を、二審に陪審を用いることもできるのではないかという指摘など）、重要な批判は本文に述べた三点である。なお、以下の記述におけるスミットの主張は、この論文から抜粋・要約したものである。

(70) 前掲注 (63) Vestergaard, s.11 f.

(71) なお、そのほかの理由としては、前述した、(イ) 陪審の判断がいつも確実に穏当なものであるとは限らないこと、のほか、(ロ) 陪審裁判について上訴を認めるにあたっては、有罪判決の理由が明らかにされていることが望ましいこと、がある。(ロ) については答申案が言及しているほか、ヴェスタゴーの前掲論文でも指摘されている（前掲注 (63) 参照）。なお、スミットはこの点について、一審（地方裁判所）を参審で、二審（高等裁判所）を陪審で行うという制度にするのどうか、と提案している。たとえ陪審裁判について上訴が認められないとしても、被告人は二回の裁判を受けることができるのだから人権上の問題はないというわけである（前掲注 (69) Smith, Et juridisk skoleridt, s.473）。

四 若干の検討

1 以上、デンマークの裁判制度について、特に陪審制・参審制の運用状況、陪審の改革答申案をめぐる議論について紹介・検討してきたが、最後に日本における司法改革との関連で、デンマークの現状・議論から特に学ぶことができるであろう点について、もう一度整理しておくこととする（なお、本稿では、我が国の国民が素人裁判官制度になじめるかどうか、そもそも素人裁判官制度は我が国に有用かどうか、という問題については論じないこととする。これは、それ自体非常に重要な問題であるが、本稿は、司法改革によって参審制・陪審制のどちらか、あるいは両方を我が国の司法制度に導入すると仮定した上で、その場合にどのような問題が生じるか、ということについて論じるのを目的とするからである）。

まず、デンマークと我が国に共通するであろう問題点——すなわち陪審制・参審制が原理的に含む問題点——について整理しておこう。これは、今まで議論してきたところからわかるように、三つの問題に集約できる。すなわ

ち、①参審制における参審員の選任方法、②陪審制における上訴の可能性、③陪審制における評決の理由の可否、の三つである。

第一の参審員の選任方法の問題は、参審制が原理的に含む問題としては最も重要な——そしておそらくほとんど唯一の——問題点である。この問題を回避するための方法は、参審員を国民から無作為抽出することであるが、これはあまり現実的な方法ではない。参審員については、裁判官と議論するという任務の性質上、その質の確保がどうしても必要になるのである。

デンマークの運用を参考にすれば、政党党員から選任するという方法が考えられるが、その際にいくらか偏りが出てくることは前に見た。偏りをなくすためには、政権党党員から何名、野党党員から何名、というような選び方をすることもできると思われるが、少なくともデンマークではそのような区別はしていない。なお、同じ北欧のノルウェーでは、性別による判断の偏りに注目し、一件の裁判につき男性何名、女性何名というような規定を設けている。⁽⁷²⁾ これもひとつの方法として注目すべきものといえよう。いずれにせよ、我が国に参審制を導入する際にはよく議論すべき問題である。⁽⁷³⁾

2 第二の問題、すなわち、陪審制においても上訴を認めるかどうかという点については、誤判の防止のためには、やはり上訴の可能性を残しておくことが不可欠と思われる。デンマークでも、上訴を認めないことが現行陪審制度の最大の問題点のひとつとされており、司法制度委員会も上訴を認めるべきとの答申をしていることについては前述した。

問題は、どの範囲まで上訴を認めるか——法令違反に限るか事実問題も含めるか——である。英米法が法令違反に限っている一方(但し、証拠能力と関係して事実問題も問題にされているということについては前述した⁽⁷⁴⁾)、デンマ

クの答申案は、陪審のやりなおしを求めており——すなわち事実問題も含める——、その意味ではかなり徹底している。実際、事実問題を上訴の理由とすることを認めるとすれば、もう一度陪審をやりなおすことが最も論理的であろう。問題は、その手間と費用ということになる。

また、スミットが例としてあげているように、一審を参審で、二審を陪審で行うことも考えられるが、三審制を取る我が国は、(原則として)二審制を取るデンマークと異なることに注意する必要がある。やはり、我が国においては、陪審を一審あるいは二審のどちらにおくにせよ、最終的に最高裁へ上訴できる可能性を残しておかねばならないように思われる。

3 第三の問題、すなわち陪審制において理由を付することができないことをいかに克服するか、という点については、陪審制が原理的に含む問題点としてはおそらく最大のものであり、この点をクリアすることなしに陪審制を導入することはできないといえるほど深刻な問題である。⁽⁷⁵⁾

陪審制を支持する論者の多くは、理由を付することができないことよりも、参審員が職業裁判官に影響されることとの問題性を重視する。職業裁判官が関与する参審は、十分に民主的な制度とはいいがたく、それゆえ市民が裁判に参加することから得られる利益も陪審制に比して多くは期待できない、という議論を展開することが多い。理由を付することができないという短所は、陪審制が持つ長所に鑑みれば目をつぶることのできる範囲内にあるというわけである(もちろん、スミットのように、何らかの方法で理由付けを導入しようとする者もいる)。

一方で、実際に陪審制と参審制の両方を持つデンマークでの議論の大勢が、理由を付することができないのは、近代裁判のあり方として耐え難い、と論じていることに注目しなければならない。

デンマークでは、通常の判決においてもそれほど詳細な理由付けがなされるわけではない。むしろ、世界的に見

でも判決文が極端に短い国として有名である。⁽⁷⁶⁾ そのような国であっても、判決に何らかの理由が欲しいと切望される、ということは、我々も記憶しておく必要があるように思われる。

4 最後に、我が国の司法改革に寄せて、ひとつだけ指摘しておきたいことがある。それは、現在多くの国で行われている陪審制・参審制は、制度として完成したものではない、ということである。デンマークの議論を見ればわかるように、陪審制と参審制はいずれも欠点を持ち合わせており、その改善が常に求められている。そして、陪審制も三審制もまったく別の制度ではなく、相互にかなり類似したところを持っている。したがって、その中間形態、その両者を折衷した形態も十分に考えられるのである。もちろん、折衷形態というのは、往々にして両者の長所と共に短所も引き継ぐものであるが、よく見られるような、陪審か参審か、あるいはその両者か、という議論ではなく、陪審制と参審制の良い部分を抽出した中間形態を模索することも十分可能だと思われるのである。

筆者は、デンマークの刑事裁判をめぐる議論を中心に見ていることから、陪審制の欠点が目に付くが、だからといって参審制でなければ絶対にだめだとは考えていない。現在の我が国の刑事裁判を活性化させるためには市民の裁判への参加が有力な方法である、というのは、多くの刑事法学者の一致した意見である。「市民の刑事裁判への参加」ということを最重要課題と考えるのなら、陪審か参審か、という議論が、陪審派对参審派の争いという形態に陥ることだけは避けねばならない。完璧な制度を求めるあまりに両派抗争の図式に陥り、結局市民の裁判参加への道が閉ざされるとすれば、それほど不幸なことではないのである。

(72) ノルウェーは、一九九五年、陪審制度を大幅に改革した。ノルウェーは参審制度を持っており、デンマークに似た状況にあるが、そこでの議論はデンマークとかなり異なっている。これについては、今後、機会があれば筆者が紹介したいと考えている。

(73) なお、佐藤弁護士は、「すでに累計で四一万人を超えている檢察審査員の選定の経験を活用することも考えられよう」とされる(佐藤・前掲注(1)論文一一二頁)。

(74) 渡部Ⅱ宮澤Ⅱ木佐Ⅱ吉野Ⅱ佐藤・前掲注(61)『テキストブック現代司法』一八三頁(渡部保夫執筆部分)参照。

(75) クリアーする、とは、必ずしも理由を付することができるようにする、ということの意味しない。理由がつけられないのであれば、それでもよいということを説得力ある形で論証できればよい。

(76) 少なくとも、我が国の判決文はデンマークよりもかなり長く、そこから「判例理論」というものを抽出できる場合さえあるが、デンマークの判決文からは、「判例理論」を抽出することは不可能である。デンマークに存在する「理論」は、学者が判例を整理し将来の判決を予測する中から見出すいわゆるヴァリッド・ローのほかには存在しない(デンマークにおける判例の状況及びヴァリッド・ローについては、前掲近刊で詳細に論じる。なお、ロスの所説については、佐藤節子『権利義務・法の拘束力』二〇一頁以下、ヴァリッド・ローについては、出水忠勝「現代北欧法学の特質——二つのリアリズムの展開に即して——」(一九八六年)名城法学三六卷一号一頁—三八頁、特に一三頁以下、なども参照)。

(一九九九年一月二一日脱稿)

【追記】 二〇〇〇年三月現在、陪審・参審に関する規定の改正案はいまだデンマーク国会を通過していない。まだ審議にかなりの時間がかかりそうである。また、本稿脱稿後、エヴァ・スミット『刑事訴訟』第四版に接したが、本稿で引用した部分には改訂がなされていない点、付記しておく。